

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ

ANTÔNIO DE AZEVEDO FÉLIX FILHO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FRENTE O HABEAS CORPUS
Nº 126.292/SP: UMA ANÁLISE SOBRE SUA (IM)POSSIBILIDADE

SANTA RITA

2018

ANTÔNIO DE AZEVEDO FÉLIX FILHO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FRENTE O HABEAS CORPUS
Nº 126.292/SP: UMA ANÁLISE SOBRE SUA (IM)POSSIBILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, do Departamento de Ciências Jurídicas, de Santa Rita, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. José Neto Barreto Junior

SANTA RITA

2018

F316e Félix Filho, Antonio de Azevedo.

A execução provisória da pena frente o habeas corpus nº 126.292/SP: uma análise sobre sua (im)possibilidade / Antonio de Azevedo Félix Filho. - João Pessoa, 2018. 76 f.

Orientação: José Neto Barreto Júnior.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. Presunção de Inocência. 2. Execução provisória da pena. 3. Trânsito em Julgado. 4. Liberdade. 5. Interpretação extensiva. I. Barreto Júnior, José Neto. II. Título.

UFPB/BC

ANTÔNIO DE AZEVEDO FÉLIX FILHO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FRENTE O HABEAS CORPUS

Nº 126.292/SP: UMA ANÁLISE SOBRE SUA (IM)POSSIBILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, do Departamento de Ciências Jurídicas, de Santa Rita, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. José Neto Barreto Junior

Data da aprovação: 14/05/2018

Banca Examinadora:

Prof. Ms. José Neto Barreto Junior

Prof. Ms. Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani

SANTA RITA

2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por sempre estar ao meu lado traçando e abrindo os melhores caminhos a serem seguidos.

Ao meu filho Vinícius, por me mostrar que o amor verdadeiro não se mensura.

À minha esposa Fernanda, por me apoiar e estar sempre ao meu lado.

À minha mãe, pela minha existência.

Aos meus avós João e Augusta, pelos ensinamentos valorosos.

À tia Nilcélia, pela imensa bondade.

À tia Socorro, pelo apoio cotidiano.

Ao meu orientador, José Neto Barreto Junior, por sua dedicação e profissionalismo, além das lições e aprendizados frutíferos repassados.

Aos professores Adriano Godinho, Waldemar Aranha e Ronaldo Alencar, pelo compromisso e companheirismo depreendidos ao longo do curso.

RESUMO

Tendo em vista a importância do direito à liberdade, constitucionalmente garantido, o objetivo do presente trabalho de conclusão de curso é analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, a qual determinou ser possível a execução provisória da pena, após confirmação da decisão de primeiro grau na instância recursal, independentemente da ocorrência do trânsito em julgado, verificando-se, assim, se o ordenamento jurídico brasileiro comporta a interpretação dada pelos Ministros no acórdão supramencionado. Inicialmente, serão analisados todos os votos dos ministros, verificando-se quais foram os argumentos levantados por eles, os quais serviram de fundamentação para sua decisão. A seguir, estuda-se o Princípio da Presunção de Inocência, bem como o instituto das prisões cautelares, verificando-se a compatibilização existente entre eles. Posteriormente, rebate-se todos os argumentos que são favoráveis à execução provisória da pena, nos moldes em que foi decidido no HC 126.292/SP, com a finalidade de demonstrar que tais argumentos não são os mais adequados à realidade e ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, verificaremos se o princípio da presunção de inocência comporta a interpretação extensiva dada pelo STF no HC 126.292/SP.

Palavras-chaves: Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Trânsito em Julgado. Liberdade. Interpretação extensiva.

ABSTRACT

In view of the importance of the right to freedom of, constitutionally guaranteed, the objective of the present work of conclusion of course is to analyze the decision of the Federal Supreme Court in the HC 126.292/SP, which determined that provisional execution of the sentence was possible, after confirmation of the decision of first degree in the recursal instance, regardless of the occurrence of the *res judicata*, being verified, like this, if the Brazilian legal system includes the interpretation given by the Ministers in the abovementioned judgment. Initially, all the votes of the ministers will be analyzed, verifying what the arguments were raised by them, which served as a basis for their decision. Next, the Principle of the Presumption of Innocence is studied, as well as the institute of the precautionary prisons, being verified the compatibility existing between them. Subsequently, all arguments that are favorable to the provisional execution of the sentence are rebutted, as was decided in HC 126.292 / SP, in order to demonstrate that such arguments are not the most appropriate to the reality and the Brazilian legal system. In the end, we will verify if the principle of presumption of innocence entails the extensive interpretation given by the STF in HC 126.292/SP.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional execution of sentence. Transit in Judgment. Freedom. Extensive interpretation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

STF - Supremo Tribunal Federal

HC - Habeas Corpus

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CPC - Código de Processo Civil

Art. - Artigo

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

CPP - Código de Processo Penal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRISÕES CAUTELARES	11
2.1 Princípio da Presunção de Inocência ou da Não-Culpabilidade	11
2.2 Prisões cautelares	14
2.2.1 Prisão em Flagrante	16
2.2.2 Prisão Temporária.....	19
2.2.3 Prisão Preventiva	21
2.2.4 Prisão Domiciliar	24
3 O HC 126.292/SP E OS VOTOS DOS MINISTROS DO STF	26
3.1 Ministro Teori Zavascki	27
3.2 Ministro Edson Fachin	30
3.3 Ministro Luís Roberto Barroso	32
3.4 Ministra Rosa Weber	34
3.5 Ministro Luiz Fux	35
3.6 Ministra Carmen Lúcia	36
3.7 Ministro Gilmar Mendes	37
3.8 Ministro Marco Aurélio	39
3.9 Ministro Celso de Mello.....	40
3.10 Ministro Ricardo Lewandowski	42
4 ANÁLISE ACERCA DOS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM O ACÓRDÃO DO STF.....	44
4.1 Entendimento da Suprema Corte antes de 2009.....	44
4.2 Quantidade de Ministros e demanda processual e excesso de recursos e prescrição.....	46
4.3 Intensidade do Princípio da Presunção de Inocência	50
4.4 Clamor Popular por mudança.....	51
4.5 Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial ..	54
4.6 A Lei Complementar nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa) como parâmetro	56

4.7 Pensamento divergente de outros países	57
4.7.1 Inglaterra.....	57
4.7.2 Estados Unidos	57
4.7.3 Canadá	58
4.7.4 Alemanha	58
4.7.5 França	59
4.7.6 Portugal.....	60
4.7.7 Argentina	60
4.7.8 Espanha	61
5 A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	63
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

O STF no dia 17/02/2016, em sede de habeas corpus (HC 126.292/SP), por 07 (sete) votos a 06 (seis), decidiu pela possibilidade de se executar a pena, após a confirmação da sentença de primeiro grau por acórdão da segunda instância, em que pese ainda sujeito à apreciação de recurso especial ou extraordinário. De acordo com a decisão, essa modalidade de execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da não-culpabilidade, previsto na Constituição Federal (art. 5º, LVII).

No caso em comento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação do réu e determinou a imediata execução da pena. Dessa forma, tendo em vista que referida decisão trata-se de execução provisória da pena, e não de prisão cautelar, verifica-se que tal julgado foi de encontro ao então entendimento do STF (HC 84.078/MG), segundo o qual estabelecia que a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença.

Os debates sobre o caso, em síntese, indagam sobre qual seria o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII). Alguns entenderam que o Supremo Tribunal Federal estaria relativizando e dando interpretação extensiva ao princípio da presunção de inocência, o qual não caberia, de acordo com a Carta Magna e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Outros entenderam que a medida é primordial para que Estado garanta a ordem e a segurança, tendo em vista que o Brasil possuiria uma ineficácia latente em seu sistema penal.

Destarte, o problema central desta pesquisa se delimita no seguinte questionamento: o princípio da presunção de inocência comporta a interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu no HC 126.292/SP, ou seja, a execução da pena seria possível, a partir de uma condenação em segunda instância, em que pese o art. 5º, LVII da CF trazer que ninguém será considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?

Justifica-se a escolha do tema, primeiramente, pela sua pertinência jurídica. O direito à liberdade é um dos direitos fundamentais mais importantes de um Estado Democrático de Direito, sendo decorrente de muitas lutas ao longo dos anos. Assim, tendo em vista que a decisão no HC 126.292/SP determinou a execução da pena

antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tornou-se uma das questões jurídicas de maior relevo no momento compreender qual a extensão do princípio da presunção de inocência.

Assim, o objetivo do presente estudo é verificar se o princípio da presunção de inocência comporta a interpretação dada pelo STF no Habeas Corpus em comento, ou seja, se é possível haver interpretação diversa daquela exposta no art. 5º, LVII da Constituição Federal, a qual prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e, por consequência, haver a possibilidade de se executar a pena nos moldes em que foi decidido pela Suprema Corte.

Os objetivos específicos deste trabalho de conclusão de curso são os seguintes: analisar o Princípio da Presunção de Inocência, bem como o instituto das prisões cautelares, verificando seu conceito, bem com os diplomas que trazem em seu corpo o referido princípio e as referidas prisões cautelares, como se faz no capítulo segundo; realizar uma breve análise acerca do habeas corpus (HC 126.292/SP), tecendo-se breves considerações acerca dos argumentos e fundamentações elencados pelos Ministros do STF que ensejaram seus votos, o que é feito no terceiro capítulo; estudar e rebater os argumentos levantados pelos Ministros da Suprema Corte, verificando-se em cada um deles, quais seriam os mais adequados à realidade brasileira e ao ordenamento jurídico pátrio, o que se faz no quarto capítulo; observar algumas modalidades de interpretação constitucional, verificando-se, assim, a possibilidade ou não do princípio da presunção de inocência comportar a interpretação dada pelo STF e, por consequência lógica, ser possível a execução provisória da pena, a partir de uma condenação em segunda instância, tal como é feito no último capítulo.

O trabalho se fundamenta na legislação pátria; nos julgados dos tribunais; em artigos jurídicos e em lições doutrinárias de manuais de direito penal, processual penal e constitucional, priorizando sempre, a busca em autores renomados. O método de pesquisa deste trabalho será o dialético, o qual fornece as bases necessárias para uma interpretação da realidade. Esse método evidenciará a divergência que há entre a doutrina e jurisprudência no que tange ao alcance do princípio da presunção de inocência. Quanto aos objetivos, a pesquisa será exploratória. Quanto à abordagem, a mesma será qualitativa.

2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRISÕES CAUTELARES

Neste capítulo iremos trazer à baila o princípio da presunção da inocência, verificando-se seu conceito e suas características. Verificaremos também os institutos das prisões cautelares, ou seja, aquelas modalidades de prisões que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, frisando sua importância no que tange ao bom andamento processual, analisando-se ao final, a possibilidade de compatibilização entre a ocorrência dessas prisões e o princípio da não-culpabilidade.

2.1 Princípio da Presunção de Inocência ou da Não-Culpabilidade

De início, é preciso verificar que, a grande maioria dos doutrinadores, entendem que o Princípio da Presunção de Inocência e o Princípio da Não-Culpabilidade são sinônimos.

Nesse diapasão, segundo as lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues:

(...) presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência **são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção.** (TÁVORA E RODRIGUES, 2017, p.44). (grifei)

Ainda nesse sentido, lecionando e citando Badaró, Brasileiro aduz que:

Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade. Na jurisprudência brasileira, ora se faz referência ao princípio da presunção de inocência, ora ao princípio da presunção de não culpabilidade. Segundo Badaró¹, **não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade**, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias - se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. (LIMA, 2017, p.43). (grifei)

¹ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283

O princípio da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, teve maior ênfase no ordenamento jurídico brasileiro com o advento e a adesão do país à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Conforme o art. 11.1 do primeiro preceito legal: *"Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem direito de ser presumido inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias para sua defesa."*. Doutra banda, conforme o art. 8º, §2º do segundo dispositivo: *"Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa."*

Na nossa Constituição Federal atual de 1988 o supramencionado princípio veio positivado em seu segundo título, o qual expõe os direitos e garantias fundamentais. Assim, prevê o artigo 5º, inciso LVII, do texto constitucional, que: *"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."*

De acordo com Renato Brasileiro, o retromencionado princípio pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2017, p.43).

Para Aury Lopes Jr., a presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. (LOPES JÚNIOR, 2016, p.474).

De acordo com o professor Maurício Zanoide de Moraes, o princípio da presunção de inocência é norma-princípio, porquanto, sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é como as normas--regras, prescritivas de condutas. (MORAES, 2010, p. 273).

Segundo Alexandre de Moraes:

(...) a Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, **sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente.** (MORAES, 2017, p. 91). (grifei)

Segundo o Ministro Celso de Mello², no julgamento do HC 85.538/RS:

(...) Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que **impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.** (...) (grifei)

Doutra banda, o princípio da presunção de inocência não é absoluto ao ponto de não comportar exceções. Como bem saliente Renato Brasileiro, citando Canotilho:

(...) **o princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendente a garantir a efetividade do processo.** Como bem assevera Canotilho³, se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal. Em outras palavras, o inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal durante o processo, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto. (LIMA, 2017, p.45). (grifei)

² **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 65**

³ Constituição da República portuguesa anotada. 3ª ed. Coimbra, 1993. p. 203.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues:

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. (TÁVORA E RODRIGUES, 2017, p.44).

Coadunando com os doutrinadores acima informados, igualmente entendemos que o instituto da prisão cautelar não fere o princípio da não-culpabilidade.

Todavia, é preciso destacar que essa modalidade, por se tratar de medida extrema que tolhe a liberdade do indivíduo, até então presumido inocente, deve ser deferida apenas nos casos de excepcional necessidade, baseando-se sempre em requisitos e pressupostos legais.

Logo, em arremate, vislumbramos o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade como regra a ser seguida, ou seja, possibilidade de prisão apenas após a condenação por sentença transitada em julgado. Por outro lado, temos como única exceção a essa regra o instituto das prisões cautelares, as quais não podem ser, de maneira alguma, utilizadas como modalidade de antecipação da pena.

A seguir, trataremos sobre as modalidades de prisões cautelares, bem como sobre sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

2.2 Prisões cautelares

Quando temos uma sentença penal condenatória transitada em julgado, imputando ao réu uma pena privativa de sua liberdade, estamos diante do instituto da prisão penal, a qual possui um caráter definitivo. Em outro prisma, quando ainda não se chegou ao trânsito em julgado da decisão condenatória, como exceção à regra, temos as prisões cautelares, as quais possuem a provisoriedade como característica.

Importante observação a ser feita é no sentido de que, em que pese o acusado/réu fique confinado tanto na prisão penal definitiva como nas modalidades de prisão cautelar, entre elas existe uma enorme diferença. Enquanto nas prisões cautelares exige-se fundamentação expressa em relação à presença do *fumus boni iuris* (indício de que de fato o direito existe) e do *periculum libertatis* (receio da demora processual), a execução provisória da pena pode ser determinada sem demonstração de qualquer necessidade para o processo.

Segundo as lições de Renato Brasileiro, acerca da importância das prisões cautelares:

(...) em um estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de **uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar o risco. **A prisão cautelar se caracteriza como uma providência urgente que objetiva uma prestação jurisdicional mais justa em prol do estado no processo penal**. (LIMA, 2017, p.875). (grifei)

Nessa modalidade de prisão é imprescindível verificar e resguardar todos os requisitos e pressupostos legais a ela inerente, sob pena de não prevendo tais preceitos, ser considerada uma modalidade de execução antecipada da pena e, por este motivo, tratar-se de uma afronta ao princípio da presunção de inocência.

Seguindo, ainda, as lições de Renato Brasileiro:

(...) por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, **não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal**, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do acusado. (LIMA, 2017, p.46). (grifei)

Ainda seguindo a doutrina de Renato Brasileiro, a prisão cautelar não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar da sua natureza instrumental (LIMA, 2017, p.875).

Adentrando agora nas espécies de prisões cautelares, conforme exposto no art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso **senão em flagrante delito** ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de **prisão temporária ou prisão preventiva**. (grifei)

2.2.1 Prisão em Flagrante

Segundo o artigo 301 do CPP: *“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”*

Do artigo acima, verificamos duas categorias de flagrante. Flagrante facultativo (quando efetuado por qualquer do povo e flagrante obrigatório (quando efetuado pelas autoridades policiais). Segundo Nucci: *“Quando qualquer pessoa do povo prende alguém em flagrante, está agindo sob a excludente de ilicitude denominada exercício regular de direito (art. 23, III, CP); quando a prisão for realizada por policial, trata-se de estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III, CP).”*. (NUCCI, 2016, p. 555).

Ainda seguindo Guilherme Nucci, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal. (NUCCI, 2016, p. 554).

Em relação a essa natureza administrativa, conforme Norberto Avena, o flagrante, inicialmente, funciona como ato administrativo, dispensando autorização judicial. Portanto, apenas se converte em ato judicial no momento em que ocorre a sua comunicação ao Poder Judiciário, a fim de que seja analisada a legalidade da detenção e adotadas as providências determinadas no art. 310 do CPP. (AVENA, 2017, p. 637).

Sendo assim, vemos que essa característica/natureza administrativa está relacionada com a possibilidade de ocorrência da prisão sem que haja a necessidade de expedição de mandado de prisão pelo judiciário. No entanto, quando a mesma passa a ser analisada e, posteriormente, acontece sua conversão em prisão preventiva, a partir desse momento, verifica-se a existência de seu caráter jurisdicional.

Uma observação importante a ser feita é no sentido de que a maioria dos doutrinadores entendem a prisão em flagrante como sendo uma medida pré-cautelar. Tal justificativa se dá, tendo em vista o breve tempo de duração da mesma que, teoricamente, deverá ser de, no máximo, 24 (vinte e quatro) horas.

Conforme bem salienta Aury Lopes Júnior:

(...) **a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar**, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o **imperioso dever de análise judicial em até 24h**, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. (LOPES JR., 2016, p. 490). (grifei)

Ainda segundo Aury, a demora injustificada da apresentação do flagrado ao juiz poderá constituir o crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65), em se tratando de agentes do Estado, ou, caso a prisão tenha sido realizada por particular, estaremos diante, em tese, dos delitos de constrangimento ilegal (art. 146) ou sequestro e cárcere privado (art. 148), conforme o caso. (LOPES JR., 2016, p. 500).

Quanto às modalidades de flagrante, de acordo com o art. 302 do CPP temos:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O artigo retromencionado elenca três modalidades de flagrante: próprio (incisos I e II); impróprio (incisos III) e presumido (incisos IV). Há, no entanto, doutrinadores que vislumbram apenas a existência de duas modalidades de flagrante, a exemplo de Eugênio Pacelli. Nas palavras dele: “*A última modalidade de prisão em flagrante é conhecida como flagrante presumido, a qual poderia perfeitamente estar incluída no flagrante impróprio, até mesmo porque fundado, tal como aquele, em verdadeira presunção.*” (OLIVEIRA, 2017, p. 251). Todavia, qualquer que seja a modalidade do flagrante, o que deve ocorrer, sob pena de não ser homologado, é a comunicação imediata ao juiz competente, ao Ministério Público, a família do preso ou pessoa por ele indicada (art. 306, CPP), bem como a Defensoria Pública, no caso do flagrado não ter defensor (art. 289-A, § 4º, CPP).

Como podemos verificar, a prisão em flagrante apenas se justifica pela brevidade de sua duração, tendo em vista que ao juiz deve ser comunicado em até 24 horas. Após a comunicação, o mesmo deverá decidir sobre: seu relaxamento; sua conversão em prisão preventiva; a decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão preventiva; ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

Vejamos o art. 310 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Segundo as lições de Eugênio Pacelli, a prisão em flagrante, portanto, cumpre importantíssima missão, cuidando da diminuição dos efeitos da ação criminosa, quando não do seu completo afastamento (dos efeitos), bem como da coleta imediata da prova, para o cabal esclarecimento dos fatos. (OLIVEIRA, 2017, p. 255).

Ainda, de acordo com a doutrina de Pacelli:

(...) como intuitivo, a primeira e mais relevante função que se atribui à prisão em flagrante é a de procurar evitar, quanto possível, que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos. Pretende-se, com a prisão em flagrante, impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (art. 302, I, CPP), ou de seu exaurimento, nas demais situações, isto é, quando a infração acabou de ser praticada (art. 302, II, CPP), ou, logo após a sua prática, tenha se seguido a perseguição (art. 302, III, CPP), ou o encontro do presumido autor (art. 302, IV, CPP). Não é por outra razão que o Código de Processo Penal autoriza qualquer pessoa do povo a realizar a prisão em flagrante. E não é só: também não é por outra razão que a Constituição Federal autoriza a violação do domicílio, sem mandado judicial e mesmo à noite, quando presente situação de flagrante delito (art. 5º, XI, CF). (OLIVEIRA, 2017, p. 254).

Em suma, a finalidade da prisão em flagrante é impedir que se dê continuidade a conduta delitiva do indivíduo, pondo, assim, um fim no seu estado de flagrância. Todavia, tal reprimenda não deve servir de motivo para que se mantenha o flagrado confinado durante todo o percurso da investigação e/ou do processo criminal.

2.2.2 Prisão Temporária

O instituto da prisão temporária está elencado na Lei nº 7.960/89. Vejamos o artigo primeiro da referida Lei:

Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado de morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando; m) genocídio; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro; p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Conforme podemos observar, os dois primeiros incisos, do supramencionado artigo, estão relacionados diretamente como o perigo de se por em liberdade àquele que cometeu o delito. Doutra banda, o inciso terceiro do mesmo artigo, está relacionado com a espécie do delito. Todavia, existe divergência na doutrina no que diz respeito a qual, ou quais, requisitos autorizam a prisão temporária.

Conforme as lições de Norberto Avena:

(...) apesar da objetividade da lei, estabelecendo categoricamente os requisitos que autorizam a prisão temporária, a doutrina e a jurisprudência não são inteiramente pacíficas a respeito. Assim, coexistem as seguintes orientações: 1) A prisão temporária pode ser decretada desde que se faça presente qualquer uma das três hipóteses mencionadas do art. 1.º da Lei 7.960/1989. 2) Apenas viabiliza-se a prisão temporária quando as três situações mencionadas estiverem presentes, cumulativamente. É preciso que se configurem, cumulativamente, as hipóteses dos incisos I, II e III e, além disso, que se trate de uma das situações que autorizam a prisão preventiva. 3) A prisão temporária é cabível somente em relação aos crimes referidos no art. 1.º, III, e desde que concorra pelo menos uma das hipóteses citadas nos incisos I e II. (AVENA, 2017, p. 689).

De forma majoritária, o que se tem é a vinculação à terceira corrente, ou seja, o crime deve estar no rol taxativo do terceiro inciso do artigo e, por consequência, está dentro das exigências dos dois primeiros incisos.

Outro detalhe importante é no sentido de que a prisão temporária não pode ser decretada *ex officio* pelo juiz, sendo a mesma admitida apenas no curso do procedimento investigatório. Logo, para que a mesma ocorra é necessária a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. Vejamos o artigo segundo da Lei nº 7.960/89:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Conforme o artigo supra, verificamos uma característica de suma importância que está relacionada com o período determinado da prisão temporária. A regra é que o prazo seja de 05 (cinco) dias. Como exceção a essa regra, temos o prazo de 30 (trinta) dias, no caso dos crimes hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo.

Outra observação a ser feita é que tal medida foi positivada no sentido de se pôr fim à famigerada prisão para averiguações, caracterizada por sua ilegalidade e manifesto abuso de poder. Segundo Renato Brasileiro, essa modalidade de prisão consistia no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir a vinculação das mesmas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. (LIMA, 2017, p. 999).

Sendo assim, das informações acima, vislumbramos como finalidade precípua e específica dessa modalidade de prisão a preservação do ato investigatório, o qual poderia estar comprometido caso o investigado estivesse solto. Verificamos, também, que a decretação da prisão temporária deve ser devidamente fundamentada e embasada pelo magistrado em fatos concretos que demonstre a sua real necessidade. A necessidade dessa fundamentação e embasamento nos preceitos legais se dá, primordialmente, tendo em vista a possibilidade de haver sua revogação caso os mesmos não sejam respeitados. Além disso, essa exigência é necessária para que não haja conflito com o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

2.2.3 Prisão Preventiva

A prisão preventiva, ao contrário da prisão temporária, poderá ser determinada tanto na fase de investigação criminal como na fase processual criminal, ou seja, após o recebimento, pelo magistrado, da peça acusatória. Além disso, existe a possibilidade da demanda ser determinada de ofício pelo juiz.

Conforme as lições de Renato Brasileiro a prisão preventiva:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, **em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado)**, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). (LIMA, 2017, p. 956).

Segundo o artigo 311 do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Outra importante diferença em relação a prisão temporária e a prisão preventiva é que a primeira só é cabível em relação a alguns crimes, que são aqueles informados no terceiro inciso do art. 1º da Lei 7.960/89. Uma outra importante diferença entre essas modalidades de reprimenda diz respeito a sua provisoriedade, ou seja, ao tempo máximo da pena. A prisão temporária, como vimos no item 3.2.2, terá o prazo de 05 (cinco) dias ou de 30 (trinta) dias, conforme o caso. Já no que diz respeito à prisão preventiva, não existe prazo pré-determinado.

No que tange aos requisitos da prisão preventiva, o artigo 312 do CPP alude que a prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Em relação ao quesito da garantia da ordem econômica, segundo Renato Brasileiro, foi inserido no CPP pelo art. 86 da Lei nº 8.884/94 (Lei antitruste), tendo sido mantido no caput do art. 312 pela Lei nº 12.403/11. (LIMA, 2017, p. 968).

Em suma, esse pressuposto visa coibir os abusos de ordem econômica proibindo a reiteração de condutas delituosas, como por exemplo, que visam: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

Em relação ao pressuposto da garantia de aplicação da lei penal, segundo Brasileiro, deve ser decretada quando o agente demonstrar que pretende fugir do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. (LIMA, 2017, p. 970). Ainda segundo Renato Brasileiro, o juiz só está autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem, de maneira insofismável, que o agente pretende se subtrair à ação da justiça. (LIMA, 2017, p. 970).

No que diz respeito à conveniência da instrução criminal, leciona Brasileiro:

A prisão preventiva decretada com base na conveniência da instrução criminal visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas. Tutela-se, com tal prisão, a livre produção probatória, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Assim, havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal. (LIMA, 2017, p. 973).

É importante sopesar que, em que pese o requisito falar sobre a palavra "conveniência", tal medida não pode ser deferida sob o prisma da conveniência do poder judiciário. Em assim sendo, para que a prisão preventiva seja decretada é imprescindível os requisitos e pressupostos legais sejam atendidos, uma vez que são eles que servem de alicerce para que se tenha um bom andamento processual.

Igualmente é de suma importância frisar que a prisão preventiva, de maneira alguma, poderá ser utilizada como um instrumento de punição antecipada. Assim sendo, sua decretação só deverá acontecer nos casos de extrema necessidade.

Conforme o Ministro Celso de Mello⁴, no julgamento do HC 85.538/RS:

(...) A prisão preventiva não pode - e **não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito**, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. (...) (grifei)

É de bom alvitre elencar que a prisão preventiva não deve ser decreta em virtude do clamor popular, nem sob a alegação da condição econômica do acusado. O STF já se pronunciou que não constituem fundamentos idôneos, por si só, o chamado clamor público provocado pelo fato atribuído ao réu, mormente quando confundido, como é frequente, com a sua repercussão nos veículos de comunicação de massa. (STF - HC nº 87.041/PA - Rel. Min. Cezar Peluso - DJ 07/12/2007, p.59).

Acerca desse tema, conforme a doutrina de Renato Brasileiro:

Essa linha de pensamento, segundo a qual o clamor público, por si só, não autoriza a prisão preventiva, foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em caso de repercussão nacional, no qual o jornalista P.N. fora acusado de matar sua namorada, também jornalista. Nas palavras do Min. Celso de Mello, a prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, pois não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas sim atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, **não pode ser decretada com base no estado de comoção social e de eventual indignação popular, isoladamente considerados**. Também não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação da segregação cautelar, a alegação de que o acusado, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. (LIMA, 2017, p. 967). (grifei)

Por fim, conforme o art. 313 do CPP, a decretação da prisão preventiva será admitida nos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

⁴ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 62**

2.2.4 Prisão Domiciliar

A prisão domiciliar, conforme o art. 317 do CPP, consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Segundo Renato Brasileiro:

Levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tomar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP. (LIMA, 2017, p. 1021).

Os requisitos para a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, conforme elencado do Código de Processo Penal, estão diretamente relacionados com a condição do agente. Segundo o art. 318 do CPP, para que essa substituição ocorra é preciso ser o agente: maior de 80 (oitenta) anos de idade; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; gestante; mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Por fim, importante observação a ser feita é no sentido de que, a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. (LIMA, 2017, p. 1023).

Conforme leciona Renato Brasileiro:

(...) a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado. (LIMA, 2017, p. 1023).

Diante de tudo que foi exposto, verificamos que o instituto das prisões cautelares é de suma importância para o bom andamento processual, uma vez que visa resguardar as provas dos autos, as quais serão de extrema importância para uma futura decisão final em relação à autoria do crime e a materialidade do fato delituoso.

Assim, verifica-se que tais modalidades de prisões não conflitam com o princípio da presunção de inocência, uma vez que tais medidas deverão ser utilizadas apenas nos casos de extrema necessidade e que, por consequência, possa gerar algum problema ao bom andamento processual.

Sendo assim, temos o princípio da não culpabilidade como regra e as prisões cautelares como única exceção a esta regra.

3 O HC 126.292/SP E OS VOTOS DOS MINISTROS DO STF

Inicialmente, para que seja possível entender o motivo que ensejou a demanda do *Habeas Corpus* supramencionado, é preciso entender o caso e como o mesmo aportou à Corte Maior do país. Com a finalidade de não se prolongar demasiadamente no caso, será traçado um breve resumo sobre o mesmo e como se deu a tramitação processual.

Em sede de primeiro grau, nos autos da Ação Penal nº 0009715-92.2010.8.26.0268, oriunda da Justiça Comum da Comarca de Itapeverica da Serra, Estado de São Paulo, um dos réus da demanda criminal supra, em 28/07/2013, foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP).

Inconformado com a sentença de primeiro grau, referido réu impetrou recurso de apelação junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo o referido recurso desprovido pelo TJSP, determinando-se imediatamente a prisão preventiva do apelante.

Em seguida, o então sentenciado, uma vez mais não satisfeito com a decisão, impetrou *habeas corpus*, com pedido de liminar, junto ao STJ (HC 313.021/SP).

Na ocasião, o então Ministro Presidente, Francisco Falcão, negou o pedido de liminar contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

Após essa decisão, com a finalidade de suspender a prisão preventiva decretada, o réu impetrou novo *habeas corpus*, com novo pedido de liminar, agora no STF (HC 126.292/SP).

Dessa vez, em 05/02/2015, ao contrário das decisões anteriores, o paciente conseguiu êxito, sendo a liminar deferida pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, após manifestação favorável da Procuradoria-Geral da República.

Conforme constatado na jurisprudência, até o julgamento do HC 126.292/SP (17/02/2016), o entendimento que predominava no STF era o trazido pelo julgamento do HC 84.078/MG (05/02/2009), o qual promulgava que a execução provisória da pena só seria possível após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Logo, após a concessão do pedido liminar por Zavascki no HC 126.292/SP, o pensamento inicial do “mundo jurídico” foi no sentido de que o entendimento que predominava no Supremo Tribunal Federal, desde o marco de 2009 (HC 84.078/MG), iria continuar predominando.

No entanto, em fevereiro de 2016, após decorridos aproximadamente sete anos do HC 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal, julgando o mérito do Habeas Corpus nº 126.292/SP, retomando a discussão sobre a temática, julgou favorável à execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, após confirmação da decisão em segunda instância.

A favor da possibilidade de execução provisória da pena, votaram os ministros Teori Zavascki, relator do caso, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Luís Roberto Barroso. Votaram contra a execução provisória, os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Após esse curto resumo sobre o caso, será analisado adiante todos os votos dos Ministros no HC nº 126.292/SP, verificando em cada um deles, quais foram os fundamentos que serviram de alicerce para seus pareceres.

Ressalve-se que a finalidade deste capítulo é de apenas trazer os entendimentos e as lições dos eminentes juristas, os quais serviram de fundamentação para seus votos, sem contudo, neste momento, fazer juízo de valor sobre os mesmos, trazendo, apenas, breves comentários. Doutra banda, no quarto capítulo, iremos trazer os argumentos mencionados pelos magistrados, fazendo uma análise detida sob os mesmos, sendo que, ao final, demonstraremos quais seriam os mais adequados à realidade brasileira.

3.1 Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori⁵, para fundamentar seu voto, inicialmente, alega que:

(...) A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. (...) (grifei)

⁵ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 4

Para comprovar sua fala, Teori traz um excerto do HC 74.983/MG (30/06/1997), de relatoria do Ministro Carlos Velloso, o qual informa que os recursos especial e extraordinário, que não tem efeito suspensivo, não impedem o cumprimento do mandado de prisão.

Mais adiante, o saudoso jurista informa que em diversas oportunidades, o STF afirmou e reafirmou que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário. Para comprar sua fala, traz os exemplos dos HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10/12/2004; HC 91.675; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 4/11/1994.

Mais adiante, o saudoso Ministro Teori⁶ informa que:

(...) Ressalvada a estreita via da revisão criminal, **é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado**. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (...). (grifei)

⁶ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 9/10

Ainda segundo Zavascki, não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Para justificar seu pensamento, o jurista traz o exemplo da Lei da ficha limpa (LC nº 135/2010).

Informa o Ministro que o art. 1º, I, da Lei Complementar, expressamente, consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. Segundo ele, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos causados contra o acusado.

Mais adiante trazendo uma fala da então Ministra Ellen Gracie, Teori⁷ afirma que:

(...) Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), **“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”** (...). (grifei)

Neste sentido, Teori traz o estudo realizado pelos professores Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman. Dentro das referidas lições, o Ministro relata sobre a realidade da Inglaterra, dos Estados Unidos, do Canadá, da Alemanha, da França, de Portugal, da Espanha e da Argentina.

Tendo em vista a necessidade de tecer comentários aprofundados acerca desse tema, algo que não é função deste capítulo, traremos esse estudo no quarto capítulo, quando analisaremos de forma ampla os argumentos dos Ministros.

Ao final do seu voto, denegando a ordem de *habeas corpus* e clamando pela mudança do entendimento atual da Suprema Corte, propõe o Ministro que se siga a orientação no sentido de que execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

⁷ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" **p. 12**

Desta forma, em suma, temos que os argumentos trazidos pelo relator são: que em outros países existem pensamentos divergentes da realidade brasileira; que há o exaurimento de provas na instância ordinária, bem como a responsabilização do acusado e que o entendimento que prevalecia antes do HC 84.078/MG era no sentido de ser possível a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado, sendo assim, necessária a retomada desse pensamento.

3.2 *Ministro Edson Fachin*

Logo de início, falando sobre o princípio da não-culpabilidade, o Eminentíssimo Ministro Edson Fachin⁸ expõe que:

(...) interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" **sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.** (...) (grifei)

Como se pode observar, desde o prelúdio, Fachin já antecipa seu voto no sentido de ser favorável a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que seu entendimento é no sentido de que o princípio da presunção de inocência não deve ser interpretado de forma literal ao que está exposto na Carta Magna.

Mais adiante, elencando outro argumento, com a finalidade de justificar seu voto, falando dessa vez sobre a quantidade diminuta de Ministros na Suprema Corte, Fachin⁹ traz:

(...) Ainda, o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade. **A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais.** (...) (grifei)

⁸ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 21**

⁹ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 23**

Em seguida, falando sobre um excessivo número de recursos que podem ser impetrados, Fachin¹⁰ leciona que:

(...) Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. **Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas.** Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado. (...) (grifei)

Posteriormente, Fachin¹¹ pontifica que:

(...) Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu **uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.** (...) (grifei)

Ao final do seu voto, coadunando com o voto do relator, Fachin explica que há outros instrumentos processuais eficazes, que não sejam os recursos extraordinários, como o *habeas corpus*, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício pela Suprema Corte.

Desta forma, temos os seguintes argumentos levantados por Fachin: a) o número de Ministros junto ao STF não seria suficiente para suportar a demanda de recursos que aportam naquela Suprema Corte; b) o sistema processual brasileiro possuiria uma infinidade de recursos, só sendo possível um trânsito em julgado através da inércia do condenado; c) inexistência de um mecanismo legal destinado a repelir recursos meramente protelatórios; d) desconfiança das decisões provenientes das instâncias ordinárias.

¹⁰ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 24/25**

¹¹ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 25**

3.3 Ministro Luís Roberto Barroso

Da mesma forma que o Ministro Edson Fachin, o Ministro Luís Roberto Barroso, de forma preliminar, já expõe seu voto, o qual é no sentido de ser favorável à execução provisória da pena, ou seja, antes de ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em seu voto, Barroso¹² colaciona três fundamentos jurídicos, vejamos:

(...) A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art.5º, LVII). A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira **não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. (...); (ii) **a presunção de inocência é princípio (e não regra)** e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. (...); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação **esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública**, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. (...) (grifei)

Mais a frente, lecionando sobre o instituto dos recursos, mais especificamente sobre aqueles que possuiriam caráter meramente protelatório, bem como sobre a possibilidade de ocorrência do instituto da prescrição, expõe Barroso¹³:

(...) De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, **na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios** e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que **a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição)** ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. (...) (grifei)

¹² **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 27**

¹³ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 28**

Logo após, de acordo o entendimento do Magistrado, a falta de execução da pena após o julgamento na segunda instância gerariam várias consequências negativas.

Nas palavras do Eminent jurista¹⁴, seriam três as consequências negativas, vejamos:

(...) Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, **funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios**. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. (...) Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. **A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos**. (...) Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para **agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade**. (...) (grifei)

Ainda segundo o Magistrado¹⁵, agora em relação ao pressuposto para a decretação da prisão no direito pátrio:

(...) o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. **O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, conforme se extrai do art. 5^a, LXI, da Carta de 1988. (...) (grifei)

Mais adiante, o Ministro traz uma recomendação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, qual seja: *"implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção."*

¹⁴ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 34

¹⁵ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 35/36

Nesta perspectiva, em nome dos princípios da segurança jurídica e da separação dos poderes, entendemos que referidas reformas devam ser oriundas do Poder Legislativo, e não, do Poder Judiciário, pois, assim agindo, estaria legislando e, por consequência lógica, ferindo os princípios supramencionados.

Ao final, o jurista traz que iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos.

Dos trechos acima, temos que, os argumentos trazidos pelo Ministro são: a) a Constituição brasileira não condiciona a prisão, mas sim a culpabilidade, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; b) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade; c) o acórdão penal condenatório proferido em segundo grau, esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal; d) a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios; e) a demora no julgamento dos recursos especial e extraordinário poderia gerar prescrição; f) a ineficiência do sistema da justiça criminal; g) a decisão judicial é quem determina a prisão e não o esgotamento de recursos; h) a presunção de inocência só privilegia os mais abastados; i) o entendimento que prevalecia desde 2009 só contribuiria para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

3.4 Ministra Rosa Weber

Iniciando seu voto, Weber traz uma importante ponderação, informando que tem dificuldade em rever a jurisprudência pela só alteração dos integrantes da corte, sobretudo quando se enfrenta questões constitucionais muito caras à sociedade, primando, desta forma, pela necessidade de se manter e resguardar o princípio da segurança jurídica.

Mais adiante, Weber traz trechos do HC 84.078/MG¹⁶ para justificar seu voto.

Ao final, a eminente Ministra, votando contrário ao relator, expõe que, no caso, há questões pragmáticas envolvidas, não tendo a menor dúvida, mas pensa que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, pelo STF, de sua compreensão sobre o texto constitucional, que vigorava desde o ano 2009.

3.5 Ministro Luiz Fux

No início de seu pronunciamento, informando que a expectativa da sociedade acerca da presunção de inocência diverge do texto constitucional, Fux¹⁷ expõe que:

(...) A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. **Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência.**
(...) (grifei)

Mais adiante, ainda neste contexto do que seriam os anseios da sociedade, o eminente magistrado¹⁸ traz que:

(...) É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social (...), no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. (...)

¹⁶ HC 84.078/MG, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531"

¹⁷ HC 126.292/SP, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 58

¹⁸ HC 126.292/SP, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 59

Por fim, pedindo vênia à divergência e louvando as manifestações dos Ministros Teori, Fachin e Barroso, acompanha integralmente os entendimentos dos mesmos, ou seja, vota a favor da possibilidade da execução da pena a partir da condenação em segunda instância.

Logo, de forma sucinta, temos que os argumentos expostos por Fux são o clamor popular pela mudança de entendimento, tendo em vista que a expectativa da sociedade em relação ao que seja presunção de inocência difere daquele elencado no art. 5º da CF, e o risco de ocorrer o instituto da prescrição antes do julgamento dos recursos especial e extraordinário.

3.6 Ministra Carmen Lúcia

No começo da sua fala, a Ministra¹⁹ apresenta uma possível diferenciação entre o instituto da condenação e do trânsito e julgado, vejamos:

(...) as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, **mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais.** (...) (grifei)

Logo após, citando voto seu em outros julgados, a qual fora vencida, informa a Ministra²⁰ que:

(...) naqueles julgamentos anteriores, afirmava que a mim não parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado **quando já exaurida a fase de provas**, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito. (...) (grifei)

Ao fim, pedindo vênia à Ministra Rosa Weber e acompanhando o Ministro relator, votou a favor da possibilidade da execução da pena a partir da condenação em segunda instância.

¹⁹ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 61**

²⁰ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 62**

Em assim sendo, o exaurimento de provas na segunda instância, bem como a diferenciação entre culpabilidade e condenação foram os argumentos levantados pela Ministra.

3.7 Ministro Gilmar Mendes

De princípio, Mendes informa que formou maioria no caso do HC 84.078/MG, o qual estabeleceu a orientação da necessidade de haver o trânsito em julgado para que se executasse a pena imposta na sentença.

Em seguida, traz um pouco da realidade do Direito alemão, o qual, segundo ele, definida a apelação já haveria o trânsito em julgado. Nesse sentido, Mendes salienta que o Ministro Cezar Peluso imaginou introduzir essa realidade no Brasil.

Mais adiante, tecendo comentários sobre a existência de um "elevado" número recursos que, em tese, levariam ao instituo da prescrição, aduz o jurista²¹:

(...) essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediante do trânsito em julgado, que muitas vezes **levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição**, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. (...) a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. **Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.** (...) (grifei)

Posteriormente, lecionando sobre a falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, bem como sobre uma possível gradação do princípio da presunção de inocência, elenca o magistrado²²:

(...) Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. [...] Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, **tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.** (...) (grifei)

²¹ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 65**

²² **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 68**

Mais adiante, citando o exemplo da Lei da Ficha Limpa, expõe Mendes²³:

(...) Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, "e", da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10). Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012). Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. (...)

Em seguida, falando sobre uma possível "falta de vocação" das Cortes extraordinárias em julgar, de forma célere, suas demandas, informa o Eminentíssimo Ministro²⁴:

(...) Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, **não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.** (...) (grifei)

Em arremate, segundo as lições do jurista²⁵, no decorrer da demanda criminal, existiria uma gradação do princípio da não-culpabilidade, a qual ensejaria um tratamento diferenciado em relação ao acusado, de acordo com o andamento processual:

(...) Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, **não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado.** (...) (grifei)

Sob este pensamento, Gilmar Mendes, acompanhando o Ministro relator, votou favorável à possibilidade da execução da pena a partir da confirmação da condenação na segunda instância.

²³ HC 126.292/SP, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 68

²⁴ HC 126.292/SP, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 71

²⁵ HC 126.292/SP, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 71/72

Assim sendo, verificamos os seguintes argumentos trazidos pelo eminente Ministro: a) multiplicidade de recursos como instrumentos impeditivos do trânsito em julgado; b) efeito apenas devolutivo dos recursos especial e extraordinário; c) a Lei da Ficha Limpa como argumento para execução da pena, a partir da segunda instância; d) não vocação das instâncias extraordinárias em dar respostas rápidas às demandas judiciais; e) tratamento diferenciado do princípio da presunção de inocência a partir do início do processo até o trânsito em julgado.

3.8 Ministro Marco Aurélio

De prontidão, o eminente jurista já faz uma ponderação quanto ao entendimento posto pelo relator e dos ministros que votaram acompanhando o mesmo. Informa o magistrado que esse pronunciamento poderá contribuir para esvaziar o modelo garantista da carta de 1988. Nas palavras dele: "*Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã.*".

Adiante, falando sobre a limpidez do texto constitucional que expõe o princípio da não-culpabilidade e traçando comentários sobre o momento de crise vivenciado no país, Aurélio²⁶ salienta sobre a necessidade de se ter uma estabilidade jurídica, mesmo nesses momentos, vejamos:

(...) Reconheço que a época é de crise. Crise maior. **Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade,** porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. (...) (grifei)

(...) no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". **O preceito, a meu ver, não permite interpretações.** Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, **onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica,** e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. (...) (grifei)

²⁶ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 77/78

A seguir, lecionando que o aumento da delinquência está ligado de maneira diretamente proporcional ao aumento populacional, Aurélio²⁷ afirma que:

(...) Admito que a quadra é de delinquência maior, tendo em conta, até mesmo, **o crescimento demográfico desenfreado, ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos**. Lembremo-nos da Copa de 1970, Zagalo, Pelé e companhia, quando se ouvia o refrão: "Noventa milhões de brasileiros em ação". Hoje somos duzentos e cinco milhões de brasileiros em ação. **Um crescimento demográfico de cerca de cento e quarenta por cento** (...) (grifei)

Em seguida, trazendo à tona a possibilidade de haver absolvição, posterior à execução provisória da pena, direcionando-se ao presidente da Suprema Corte, o Ministro²⁸ traz a lume a seguinte indagação:

(...) Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa. (...)

Por fim, acompanhando a Ministra Rosa Weber, votou contrário à possibilidade da execução da pena a partir da condenação em segunda instância.

Desse modo, vislumbramos os seguintes argumentos trazidos pelo eminente Ministro: a) aumento da delinquência proporcional ao crescimento demográfico; b) em momentos de crise devem ser guardados os parâmetros, princípios e valores para que não seja gerado instabilidade; c) o princípio da presunção de inocência não comportada interpretações; d) uma futura absolvição poderá gerar um dano irreparável ao então condenado.

3.9 Ministro Celso de Mello

Em prelúdio, registra Mello que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

²⁷ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 76**

²⁸ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 78**

Para comprovar sua fala, o magistrado traz vários dispositivos legais, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nessa linha, lecionando sobre a árdua luta contra os sistemas autoritários, a qual culminou com a conquista do atual sistema democrático brasileiro, aduz o Ministro²⁹:

(...) a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade **fundada em bases genuinamente democráticas** é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão (...), cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: **o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.** (...) (grifei)

Adiante, trazendo uma lição deveras importante, a qual diz respeito aos limites que são impostos pela Carta Magna, leciona Mello³⁰:

(...) A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, **limites que não podem ser transpostos pelo Estado** (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. (...) (grifei)

Em seguida, explicando que o trânsito em julgado é o marco que afasta a presunção de inocência, registra o decano³¹:

(...) Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal.

²⁹ HC 126.292/SP, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 83

³⁰ HC 126.292/SP, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 88

³¹ HC 126.292/SP, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 92

Ainda nessa linha, conclui Mello: *“Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.”*

Ao fim, acompanhando a Ministra Rosa Weber e o Ministro Marco Aurélio, votou contrário à possibilidade da execução da pena a partir da condenação em segunda instância, trazendo que a tese de que a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente.

Assim, verificamos os seguintes argumentos trazidos pelo eminente Ministro: a) o princípio da presunção de inocência constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, sendo valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade a pessoa humana; b) o Estado possui limites estabelecidos na Constituição, sendo um desses o princípio da presunção de inocência; c) a presunção de inocência só se descaracteriza no instante em que sobrevém o trânsito em julgado; d) a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição.

3.10 Ministro Ricardo Lewandowski

De prontidão, o eminente Ministro³² afirma que pretende manter sua opinião, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal. Vejamos, em suas palavras:

(...) Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, **ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional**, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. (...) (grifei)

³² **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 97**

Um pouco mais adiante, fazendo um paralelo com o Código de Processo Civil (art. 520), o qual prevê que a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, e preocupado com o número de presos no Brasil, leciona o magistrado³³:

(...) Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. (...)

(...) em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, **depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição**, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (...) (grifei)

Por derradeiro, acompanhando os argumentos da Ministra Rosa Weber, do Ministro Marco Aurélio e do eminente Ministro Decano Celso de Mello votou pela impossibilidade da execução da pena, após condenação na segunda instância.

Dessa maneira, observamos os seguintes argumentos trazidos pelo eminente Ministro: a) taxatividade do princípio da presunção da inocência, não sendo possível interpretar tal dispositivo; b) o número de absolvição após a segunda instância é elevado, cerca de 1/4 dos casos; c) o problema de uma possível restituição do condenado, no caso de absolvição futura, após a execução provisória da pena.

³³ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. **100/101**

4 ANÁLISE ACERCA DOS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM O ACÓRDÃO DO STF

Neste capítulo, com a finalidade de defender a tese da impossibilidade da execução provisória da pena, a partir de uma decisão condenatória em segunda instância, iremos rebater os argumentos trazidos pelos Ministros que votaram favoráveis a esta modalidade de execução provisória, justificando que esses argumentos não merecem prosperar.

Ao mesmo tempo, traremos as justificativas contrárias a esta espécie execução provisória da pena, mostrando que esses argumentos são mais plausíveis e mais adequados à realidade e ao ordenamento jurídico brasileiros.

Passemos agora para os argumentos que serviram de fundamentação para os votos dos Ministros do STF no HC 126.292/SP.

4.1 Entendimento da Suprema Corte antes de 2009

Em suas explanações, muitos dos Ministros alegaram, como fundamentação para seus votos, que antes do marco do ano de 2009 (HC 84.078/MG), o entendimento da Suprema Corte era no sentido da possibilidade da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado.

De prontidão, data vênua, verificamos que essa alegação não merece prosperar. Ora, se alegarmos apenas isso, da mesma forma, poder-se-ia alegar que o entendimento atual e propagado desde o marco de 2009 (HC 84.078/MG) é no sentido contrário, justificando-se assim, a tese oposta pelo mesmo argumento.

Logo, a corrente contrária à execução provisória da pena poderia alegar simplesmente que o entendimento atual é no sentido de não ser possível a execução da pena antes do trânsito em julgado e que este entendimento deverá prevalecer.

Fazendo um levantamento histórico acerca dos textos normativos relacionados com a temática, o Ministro Eros Grau, então relator do HC 84.078/MG, informa que referidos textos possuíam nítida oposição ao que se convencionou chamar de "garantismo".

Conforme bem observou o Ministro Eros Grau³⁴:

Se tomarmos sob exame os textos normativos construídos no período compreendido pelos anos oitenta e noventa do século passado, **discerniremos nítida oposição entre o que se convencionou chamar de "garantismo"**, na década de 80. (grifei)

A seguir, falando sobre a reforma penal de 1984, ou seja, a partir da promulgação da Lei de Execução Penal, leciona o Ministro Eros Grau³⁵ no HC 84.078/MG:

O modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1.984 **confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** A Constituição de 1.988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. (grifei).

Em seguida, falando sobre o advento da Lei nº 8.038/90, a qual instituiu normas procedimentais para os processos perante o STJ e STF, explica Ministro Eros Grau³⁶:

Esse quadro foi alterado no advento da Lei n. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais atinentes aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial "serão recebidos no efeito devolutivo". **A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.072/90, a "lei dos crimes hediondos", alterada em 1.994 e em 1.998.** Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: **"Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente"**. Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como "estirpe dos torpes delinqüentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem". (grifei)

³⁴ HC 84.078/MG, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531" p. 11

³⁵ HC 84.078/MG, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531" p. 12

³⁶ HC 84.078/MG, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531" p. 12/13

Por derradeiro, tecendo severas críticas a Lei nº 8.038/90 e a Lei nº 8.072/90 o Ministro Eros Grau³⁷, no HC 84.078/MG, leciona:

0 casuísmo do legislador na elaboração da lei 8.072/90 é o mesmo casuísmo do legislador da Lei n. 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante seqüestro, notadamente os casos *Abílio Diniz*, em São Paulo, e *Roberto Medina*, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa. A crítica de ALBERTO SILVA FRANCO ao primeiro aplica-se ao segundo: "É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, **que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal.** [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. **É necessário o seu desmonte implacável.** E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90". **A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas** a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integrasse ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. **Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera.** (grifei)

4.2 Quantidade de Ministros e demanda processual e excesso de recursos e prescrição

Alguns Ministros, a exemplo de Gilmar Mendes, argumentaram que o número de Ministros do STF não comporta a tamanha demanda processual que aporta em seus gabinetes. Alega o mesmo que as instâncias extraordinárias "não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas".

É sabido que as decisões judiciais criminais, geralmente, são demasiadamente lentas, por diversos motivos: demanda processual alta, desídia das partes e suas defesas, número diminuto de juízes, promotores, defensores e servidores públicos, etc..

³⁷ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" p. 13/14

No entanto, com o devido respeito, restringir um direito tão importante, como é a liberdade, fundamentando-se que o Estado não possui número suficiente de membros para julgar as demandas que lhe são apresentadas, sem dúvidas, não é um argumento minimamente razoável. Entendemos que o acusado/réu não pode “pagar a conta” pela incompetência e/ou falta de estrutura do Estado.

Como bem observou o Ministro Eros Grau³⁸ no HC 84.078/MG:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que "ninguém mais será preso". **Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço.** (grifei)

Vários Ministros "bateram na tecla" do excesso de recursos existentes no ordenamento jurídico informando que, na maioria das vezes, os mesmos possuem apenas caráter meramente protelatório, com a finalidade última de promover a prescrição processual em detrimento da efetividade do poder judiciário.

Seguindo as lições de Renato Brasileiro acerca do conceito de recurso, temos que é o instrumento processual voluntário de impugnação de decisões judiciais, previsto em lei federal, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada. (LIMA, 2017, p. 1631).

Desta forma, vislumbramos que os recursos estão diretamente ligados ao princípio do duplo grau de jurisdição. Como bem saliente Brasileiro, o duplo grau de jurisdição deve ser entendido como a possibilidade de um reexame integral (matéria de fato e de direito) da decisão do juízo *a quo*, a ser confiado a órgão jurisdicional diverso do que a proferiu e, em regra, de hierarquia superior na ordem judiciária. (LIMA, 2017, p. 1631).

³⁸ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 17**

Segundo as lições de Norberto Avena:

A existência dos recursos justifica-se, primordialmente, na Constituição Federal, já que esta, ao organizar o Poder Judiciário em instâncias de diferentes categorias e permitir às instâncias superiores rever decisões das inferiores, instituiu o princípio do duplo grau de jurisdição. O duplo grau, em última análise, objetiva assegurar a efetiva prestação jurisdicional, traduzindo-se como um pressuposto necessário à justa composição da lide. Afinal, **é evidente que uma segunda análise do contexto fático-jurídico que conduziu à decisão recorrida minimiza os riscos de uma eventual injustiça.** (AVENA, 2017, p. 793). (grifei)

Conforme bem salienta o professor Luiz Flávio Borges D'urso: *"Importante é lembrar que os recursos nasceram com o escopo de diminuir, o quanto possível, a margem de erros oriundos do poder judiciário. Sendo garantido a revisão de tais decisões. Pois a justiça dos homens pode falhar, assim como o homem é falível."* (D'URSO, 2011).

Nesta perspectiva, trazendo à baila um caso emblemático de erro do Estado, quanto à aplicação de reprimenda, o professor José Nabuco Filho relata que:

(...) *"Não se pode esquecer que a história é pródiga em erros judiciários. Dentre estes, pode ser lembrado o caso Juan Calas, que foi acusado de ter matado o próprio filho por enforcamento, em Tolouse, na França, no século XVII. Apesar de jurar inocência, foi condenado à pena de morte, com suplício na roda. **A opinião pública exultou com sua execução, certa de que ali se fazia justiça.** Contudo, após a sua morte, Voltaire, o filósofo do Iluminismo, assumiu sua defesa e **demonstrou que o filho de Juan Calas se suicidara.** Foi, então, Juan Calas absolvido e sua memória restabelecida. Nesse, como em tantos outros casos semelhantes, a opinião pública esteve sempre ao lado do erro judiciário. E o advogado não parecia para a opinião pública outra coisa senão a exaltação do próprio crime."* (...) (NABUCO FILHO, 2010). (grifei)

Em arremate, afirma ainda o professor Nabuco Filho: *"Se esse foi um exemplo notório de um inocente condenado, não se pode perder de vista que existem inúmeros casos anônimos de erros judiciários, que jamais serão conhecidos do público."* (NABUCO FILHO, 2010).

De fato, é para essa finalidade que foram criados os recursos, ou seja, para que se possa haver revisão das decisões de primeiro grau, com o propósito de se evitar, ou pelo menos de se dirimir, os erros do poder judiciário, tendo em vista a falibilidade dos seres humanos.

Doutra banda, é dever do Estado a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF) para que não se cometam injustiças tanto em relação a prender inocentes, como em deixar culpados livres ou absolvê-los pela demora em seus julgamentos. Contudo, é preciso deixar à disposição do acusado os meios necessários para que o mesmo se defenda, sendo os recursos uma dessas ferramentas.

Entendemos que para coibir o número, teoricamente, excessivo de recursos, torna-se necessária uma mudança na legislação, cabendo assim ao legislativo, e não ao judiciário, estipular os requisitos limitadores à possibilidade de interposição de recursos, como tentativa de se ter uma maior efetividade do judiciário.

Como exemplo dessa mudança, podemos citar a chamada "PEC dos recursos", a Proposta de Emenda à Constituição nº 15/2011, que atualmente tramita no Senado Federal.

Em seus argumentos, alguns ministros, a exemplo do Ministro Barroso, relataram que a falta de execução da pena após a confirmação da decisão de primeiro grau, pela instância superior, seria uma afronta à credibilidade do Poder Judiciário.

Ora, a temática não está relacionada à confiança ou a desconfiança do judiciário. Se assim fosse, não teríamos o instituto do recurso, bastando apenas a condenação em primeiro grau para ocorrer a execução da pena. No entanto, como já exposto outrora, faz-se necessário a existência dos recursos e o respeito ao princípio da não-culpabilidade, os quais servem para sanar possíveis "injustiças" que podem ser cometidas no primeiro grau.

Uma vez mais é preciso frisar, a questão se trata não de desconfiança, mas sim, de o demandante ou demandado estar ou não satisfeito com a decisão, independentemente de desconfiança ou descrédito da determinação judicial. Mais uma vez pedindo medida, uma coisa não está intrinsecamente ligada a outra. De forma exemplificativa, o paciente pode até confiar na justiça, mas não estar satisfeito com a sentença judicial. Da mesma forma que pode não confiar no judiciário, mas estar satisfeito com a decisão emanada pelo mesmo.

Entendemos, assim, que, para que o judiciário tenha credibilidade, o primeiro passo é respeitar todos os direitos inerentes ao acusado, sejam eles previstos na Carta Maior ou em qualquer norma do ordenamento jurídico pátrio.

Logo, para que se chegar à efetividade/celeridade/credibilidade do Poder Judiciário, não podemos relativizar ou afastar o princípio da presunção de inocência, uma vez que assim agindo, poderemos retornar aos tempos de outrora em que tínhamos decisões despóticas e arbitrárias do poder público, as quais, por diversas vezes, eram consentidas pelo clamor popular.

Uma alternativa para que se tenha uma maior efetividade do Poder Judiciário, que já se encontra em uso na jurisprudência do STF, é quanto a impetração dos chamados "infundáveis" embargos de declaração.

Como bem salientou o Ministro Edson Fachin³⁹, no HC 126.292/SP:

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte, em recursos criminais, firmou-se no sentido de determinar a certificação do trânsito em julgado com baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por considerá-los protelatórios.

Por derradeiro, como uma alternativa para se evitar o instituto da prescrição e, por consequência, de elevação da efetividade/credibilidade da justiça e de diminuição da "sensação de impunidade" pela sociedade, seria demarcar outros marcos interruptivos da prescrição. Como exemplo, poderia ser proposto um novo marco interruptivo após a decisão em segundo grau. Desta forma, o marco final para a interrupção da prescrição não seria a partir da condenação de primeiro grau, evitando-se assim, uma prescrição prematura. Contudo, é preciso verificar que tal mudança deverá partir do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário.

4.3 Intensidade do Princípio da Presunção de Inocência

O Ministro Gilmar Mendes, em suas alegações, informa que o princípio da presunção de inocência comporta um tratamento diferenciado e gradativo, para ele, conforme se avança o andamento processual, a culpa, em tese, vai ficando demonstrada.

³⁹ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 25

Segundo o mesmo, esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força, de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Ao contrário do pensamento do Eminentíssimo Ministro, entendemos que o ordenamento jurídico brasileiro não comporta tal interpretação, até porque, ao final da demanda processual, poderá ser comprovada, de forma indubitável, a inocência do então acusado.

Conforme observou o Ministro Celso de Mello⁴⁰ no HC 84.078/MG:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer - repita-se - com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (grifei).

Coadunando com Ministro Celso de Mello, entendemos que tal justificativa levantada pelo Ministro Gilmar Mendes, data vênia, não seja plausível, até porque, em nenhum dispositivo legal do ordenamento jurídico encontramos tal possibilidade de existência da figura do quase culpado ou pouco culpado ou meio culpado ou qualquer outra fração de culpa.

Conforme já afirmamos, o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade é límpido e claro quando nos informa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, só vislumbrados a figura do culpado ou do inocente.

4.4 Clamor Popular por mudança

O Ministro Luiz Fux foi bem incisivo no que tange ao clamor popular, afirmando que o entendimento propagado desde o marco de 2009 (HC 84.078/MG), em relação à execução provisória da pena e ao princípio da presunção de inocência, não corresponderia aos anseios e perspectivas da sociedade.

⁴⁰ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 73**

Afirma categoricamente o Ministro que é preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social ela fica disfuncional, tendo em vista que, se o réu não é preso após a apelação, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena.

De início, é preciso salientar que em todo Estado Democrático de Direito, como é a República Federativa do Brasil, o princípio da segurança jurídica deverá estar na base da sua estrutura edificadora.

Em outro prisma, na realidade brasileira, apesar do poder emanar do povo (art. 1º, parágrafo único), em regra, o mesmo é exercido por seus representantes eleitos. Assim, o clamor e anseios da sociedade, as quais o Ministro Fux afirma serem favoráveis à execução provisória da pena, deveria ser no sentido de se propor e/ou cobrar mudanças legislativas, como já expusemos no final do item 4.3.

Logo, entendemos ser demasiadamente temerário as decisões judiciais serem baseadas, teoricamente, nos anseios da população. Digo teoricamente porque, muitas das vezes, esses anseios não são da sociedade, mas sim, de setores da mídia ou de alguns outros grupos que possuem seus lucros vinculados às notícias de insegurança e de impunidade.

Além disso, e mais grave, é o julgamento ser contrário ao que preceitua a Carta Maior, como no caso em comento, que entendeu-se ser possível, como regra, a execução da pena, antes da ocorrência do trânsito em julgado.

Doutra banda, em nome da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, mesmo aqueles que cometerem os chamados "crimes de sangue", os quais possuem maior importância para os meios midiáticos, e que provocam sentimentos de indignação na população, deverá ser tratado como os demais acusados que cometerem outros crimes.

Conforme verificamos diariamente, em relação àqueles crimes que mais chocam a sociedade e despertam um maior interesse dos meios de comunicação, se fossemos ouvir o "clamor popular", ou seja, o entendimento do "senso comum", o qual carece de uma análise crítica e técnica sobre a demanda, o acusado seria condenado sumariamente à pena de morte, quiçá até esquartejado em praça pública, como ocorria à época da Idade Média, algo que está terminantemente proibido pela Carta Maior.

Conforme bem observou o Eminentíssimo Ministro Eros Grau⁴¹, relator do HC 84.078/MG:

(...) Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direito. (...) São pessoas inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. (...)

Assistimos, pela mídia, cotidianamente, as famílias das vítimas dos atos infracionais, quando indagadas sobre o ocorrido, clamar por justiça. No entanto, vislumbramos que esse clamor, em regra, na verdade, não se trata de um pedido para que a justiça exerça seu papel, mas sim, de um pedido de vingança. Tanto é assim que, de forma quase unânime, o primeiro pedido é no sentido de que se prenda sumariamente o então suspeito, independentemente de se provar, ao menos, a autoria do fato delituoso.

Sabemos que de fato e justificavelmente existe um sentimento de revolta por parte daqueles que foram vítimas de uma infração penal, mas esse sentimento, de maneira alguma, poderá influenciar na decisão judicial a qual deverá ser técnica e de acordo com os ditames legais, demonstrando assim, a verdadeira vontade popular, a qual foi construída e positiva ao longo dos anos.

Desta maneira, sob o risco de incorrer em abuso de poder, as decisões do Poder Judiciário não podem ir de encontro aos preceitos legais e constitucionalmente garantidos, ainda que pese haver o famigerado clamor popular em sentido contrário.

Outro grande problema está relacionado com o “julgamento” e a “condenação” antecipada do acusado pela mídia. Muitas das vezes, logo após o deslinde das investigações, prova-se que o então indiciado é inocente. No entanto, pela mídia e pela sociedade ele já fora condenado. E o pior, essa informação sobre a inocência do então acusado, como regra, não é veiculado na mídia que outrora já o condenara, pelo simples motivo de tal notícia não gerar altos índices de audiência.

⁴¹ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 18**

De acordo com as lições do Eminentíssimo Ministro Eros Grau⁴², no HC 84.078/MG:

É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética - qualquer ética - o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobre tudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos. (grifei)

Desta forma, em conclusão, entendemos que aos meios midiáticos deve ser garantido o pleno direito de divulgar suas notícias e, à sociedade, da mesma forma, deverá ser garantido o direito de se expressar, no entanto, esses direitos devem respeitar os do então acusado que, da mesma forma que todos, devem ser tratados como inocentes até que se tenha o trânsito em julgado da sentença condenatória.

4.5 Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial

A maioria dos Ministros, para justificar seus votos, levantaram o fundamento de que os recursos especial e extraordinário não possuem efeitos suspensivos.

Segundo Gilmar Mendes, por força da lei (art. 637 do CPP), os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo.

Vejamos o art. 637 do CPP:

"O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença".

No entanto, temos em sentido contrário ao dispositivo acima, o artigo 105 da Lei de Execução Penal, senão, vejamos:

"Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução."

⁴² **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 14**

Por se tratar de uma lei mais nova e mais específica, por tratar da execução penal em si, entendemos que o dispositivo da LEP deverá prevalecer em relação ao art. 637 do CPP.

Conforme bem observou o Ministro Eros Graus⁴³ no HC 84.078/MG:

A Lei de Execução Penal - Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 - condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147). Dispõe ainda, em seu artigo 1644, que a certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado** valerá como título executivo judicial. **Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.** (grifei)

Em outro prisma, é preciso trazer à baila as súmulas nº 716 e nº 717 do Supremo Tribunal Federal, as quais para alguns são entendidas como uma permissão para prisão penal antes do trânsito em julgado da decisão final condenatória e, para outros, tratam-se de ferramentas que visam garantir os benefícios ao então preso cautelarmente e, por consequência, resguardar o princípio da igualdade ou isonomia. Vejamos:

Súmula 716: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (DJ de 9/10/2003)."

Súmula 717: "Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (DJ de 9/10/2003)."

Lecionando sobre as duas súmulas supra, Guilherme de Souza Nucci explica que referidas medidas foram editadas com a finalidade precípua de beneficiar o réu. Explica o professor que esta medida é um benefício e uma necessidade imposta pela excessiva lentidão no trâmite dos recursos, que podem levar anos para ser apreciados, razão pela qual o réu terminaria sua pena no regime fechado, sem qualquer vantagem. (NUCCI, 2016, p. 940). Explica ainda o jurista que dessa forma, possa ele pleitear ao juiz das execuções criminais a progressão de regime, embora ainda esteja recorrendo da decisão condenatória. (NUCCI, 2016, p. 940).

⁴³ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 06**

Na contramão daqueles que entendem que as referidas normas servem de alicerce para justificar a execução provisória da pena, coadunando com o pensamento do professor Nucci, entendemos que a edição de tais medidas vieram para sanar futuras injustiças ao então preso preventivamente que, além de já estar preso sem uma decisão condenatória definitiva, ainda ficava impedido de gozar dos benefícios que aos presos são inerentes como, por exemplo, a progressão de regime.

4.6 A Lei Complementar nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa) como parâmetro

Alguns Ministros, que votaram favoráveis à execução provisória da pena, elencaram o exemplo da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), a qual aduz que ficam inelegíveis àqueles que forem condenados por um órgão colegiado.

Inicialmente, é preciso fazer uma ponderação, qual seja, que o direito à liberdade possui, para qualquer indivíduo, uma importância imensamente maior se comparado com capacidade eleitoral passiva, ou seja, o direito de ser votado. Basta fazermos uma pergunta: é melhor não concorrer a um cargo eletivo ou ser enclausurado? A resposta é óbvia.

Como bem observou o Ministro Ayres Britto⁴⁴ no HC 84.078/MG, traçando um diferença entre o caráter individual da liberdade e caráter coletivo da esfera eleitoral:

Termino o meu voto, apenas fazendo uma brevíssima ressalva de que não estou entrando em contradição, quando há pouco tempo defendi a não aplicabilidade desse direito à presunção de não culpabilidade na esfera eleitoral. **É que a esfera eleitoral é o reino do coletivo ou da representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros constitucionais.**

Assim, tomando como parâmetro a lei da ficha limpa, verificamos não ser razoável sua comparação com o caso da execução da pena, nos moldes do que foi determinado no HC 126.292/HC. Tal justifica se dá, tendo em vista que de um lado temos apenas a impossibilidade de poder concorrer a um cargo público e, de outro, infinitamente mais grave, a prisão do indivíduo.

⁴⁴ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531" p. 109/110

4.7 Pensamento divergente de outros países

A fim de comprovar sua fala no sentido de que em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Corte Suprema, o Ministro Teori traz um estudo dos professores Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman.

4.7.1 Inglaterra

Segundo as lições de Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁴⁵:

(...) Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do Supreme Court Act 1981. Por esse diploma **é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança** enquanto a Corte examina o mérito do recurso. (...) (grifei)

Conforme se percebe, de acordo com o lecionado acima, a liberdade naquele país está diretamente ligada ao pagamento de fiança. Em assim sendo, podemos verificar que se fosse utilizado este exemplo no Brasil, aqueles mais abastados da sociedade poderiam ficar em uma posição privilegiada e de superioridade em relação àqueles mais carentes.

4.7.2 Estados Unidos

De acordo com Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁴⁶:

(...) o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'. Contudo, **não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code)**. (...) (grifei)

⁴⁵ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" **p. 12**

⁴⁶ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" **p. 12/13**

De acordo com o exposto anteriormente, não vislumbramos diferença para o sistema penal brasileiro. De fato, as decisões penais condenatórias devem ser executadas imediatamente, desde que aconteça o trânsito em julgado dessa decisão. E, da mesma forma que ocorre no Brasil, deve-se presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo.

4.7.3 Canadá

Conforme as lições dos professores Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁴⁷:

(...) Na Suprema Corte, o julgamento do caso R.v. Pearson (1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, “é claro”, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. **Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança**, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense. (...) (grifei)

Do excerto acima, da mesma forma do que foi exposto na realidade da Inglaterra, a liberdade está diretamente ligada ao pagamento de fiança.

Sendo assim, podemos verificar que os condenados mais opulentos estão em situação distinta em relação àqueles mais necessitados, o que poderia vir a ferir o princípio da igualdade, estampado na cabeça do artigo 5º da nossa Carta Magna.

4.7.4 Alemanha

Seguindo, uma vez mais, as lições dos professores Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁴⁸:

(...) Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) **prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos**. (...) Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional

⁴⁷ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 13**

⁴⁸ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 14**

assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, **exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário** (...). (grifei)

Veja, conforme o exposto acima, ao mesmo tempo em que temos uma regra, temos uma exceção.

Dessa forma, não se verifica da explanação supra, diferença ao que se apresenta no Brasil, tendo em vista que existe a possibilidade de se impetrar os recursos especiais e extraordinários, após a condenação.

4.7.5 França

Para os professores Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁴⁹:

(...) A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...) Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 **as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão**, mesmo pendentes outros recursos. (...) (grifei)

Conforme alegado acima, o Código Processual Penal Francês, traz hipóteses em que o Tribunal poderá expedir mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos.

Inicialmente é preciso verificar que o texto acima é claro no sentido de que a expedição do mandando de prisão trata-se de uma possibilidade e não de uma regra, senão, vejamos: pode expedir.

Se tivéssemos uma regra, o verbo seria no sentido de que o Tribunal deve expedir o mandado e não pode.

Na realidade brasileira, também existe a possibilidade de haver expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado, no entanto, trata-se de exceção a regra, como podemos vislumbrar nos casos das prisões temporárias e/ou preventivas, conforme preceitua o art. 283 do CPP.

⁴⁹ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246" p. 14

4.7.6 Portugal

Segundo os professores Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁵⁰:

(...) O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que **tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.** (...) (grifei)

De acordo com o texto exposto acima, verificamos que na realidade portuguesa, o princípio da presunção de inocência não deve ser interpretado de forma absoluta, uma vez que isso impediria a execução de qualquer medida de liberdade, mesmo as cautelares.

Ora, na realidade brasileira, o princípio da presunção de inocência também não é tratado de forma absoluta, uma vez que existem exceções à regra, como já citamos anteriormente sobre a possibilidade de ocorrer a prisão nos casos das medidas cautelares.

4.7.7 Argentina

Segundo Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁵¹:

(...) O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional. **Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.** De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que **a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato**, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução **só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida.** (...) (grifei)

⁵⁰ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 14/15

⁵¹ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 15

Conforme se vê, na realidade da Argentina, a execução da pena pode ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, sendo a pena privativa de liberdade cumprida de imediato, podendo a mesma ser adiada quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida.

Importante constatação a ser feita é no sentido de que os artigos acima referidos estão dentro do Título II (Ejecución penal) do Código de Processo Penal Argentino.

Dessa forma, uma vez que já se trata da execução da pena, subtede-se que já exista uma condenação transitada em julgado, pelo menos assim deveria ser se fosse feito um paralelo com a realidade brasileira.

4.7.8 Espanha

Por derradeiro, ainda seguindo os ensinamentos de Luiza Frischeisen, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁵²:

(...) A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...) **Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.** (...) (grifei)

Como podemos verificar, de acordo com a realidade espanhola, existe a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

Partindo desse entendimento, e desde que não se trate de prisões cautelares, de fato, poder-se-ia elencar como um exemplo de execução provisória da pena, ou seja, antes da ocorrência do trânsito em julgado.

Depois de abordamos, de forma breve, o estudo trazido pelo Ministro relator Teori Zavascki, sobre a realidade jurídica criminal de outras nações, podemos

⁵² **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" p. 15

afirmar que existem muitas semelhanças com o ordenamento jurídico brasileiro.

Doutra banda, ainda que os procedimentos e leis fossem distintos, argumentar que diversos outros países têm um pensamento divergente do adotado na realidade brasileira, verificamos não ser justificativa plausível para fundamentar uma decisão de tamanha importância, a qual diz respeito a um dos direitos mais preciosos da humanidade, qual seja, a liberdade.

Essa justificativa se dá, pois, entre eles, divergem, dentre outros, seus aspectos culturais, políticos, financeiros e educacionais.

Conforme bem observou o Ministro Celso de Mello⁵³ em seu voto no HC 84.078/MG:

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica - a de que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado - está consagrada não só nas Constituições democráticas de inúmeros países (como o Brasil), mas, também, em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Assim, ante todo o exposto, verificamos que os argumentos elencados pelos Ministros, que votaram favoráveis à execução provisória da pena, nos moldes em que foi decido no acórdão do STF (HC 126.292/SP), não merecem prosperar, uma vez que os mesmos não se enquadram à realidade e ao ordenamento jurídico brasileiros.

⁵³ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" p. 68/69

5 A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Neste capítulo, com o objetivo de demonstrar que o princípio da presunção de inocência não comporta a interpretação dada pelos Ministros do STF, que votaram favoráveis à execução provisória da pena, estudaremos algumas lições sobre modalidades de interpretação de leis e da Constituição.

Antes, porém, um adendo importante a esta temática se faz necessário fazer.

Trata-se das valorosas lições de Luiz Flávio Gomes acerca dos sistemas constitucionais e do princípio da presunção de inocência.

Segundo as lições de Flávio Gomes⁵⁴:

Mundialmente falando há 3 sistemas sobre o assunto: (a) derruba-se a presunção de inocência com a simples confissão (sistema norte-americano do plea bargaining – a confissão derruba a presunção de inocência e já se faz a negociação sobre a quantidade da pena); (b) a presunção de inocência se desfaz com a condenação em dois graus de jurisdição (isso ocorre em mais de 90% dos países ocidentais); (c) a presunção de inocência só cai depois do trânsito em julgado final da sentença condenatória (leia-se, depois de esgotados os 3º e 4º graus de jurisdição).

Após essa explanação, explica o professor que a Carta Magna brasileira, literalmente, adotou o 3º sistema, por força do art. 5º, inc. LVII, o qual preceitua que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, pondera o jurista que a Constituição não impede que aconteçam as prisões provisórias ou cautelares (antes do trânsito em julgado), tendo em vista o art. 283 do CPP que aduz que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Coadunando com o eminente jurista, entendemos da mesma forma.

Como foi observado no terceiro capítulo, o princípio da presunção de inocência não é absoluto, comportando as prisões cautelares como única exceção ao que preceitua o art. 5º, LVII, da CF.

⁵⁴ **STF admite execução provisória da pena após dois graus de jurisdição. Questões controvertidas. Afeta a Lava Jato.** Disponível em: " <http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisdicao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato/>".

Segundo Canotilho⁵⁵: *"a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares"*.

Acerca desses métodos, mais precisamente do método jurídico ou hermenêutico clássico, o professor Pedro Lenza aduz que para os que se valem desse método, a Constituição deve ser encarada como uma lei e, assim, todos os métodos tradicionais de hermenêutica deverão ser utilizados na tarefa interpretativa, valendo-se alguns elementos de exegese. (LENZA, 2017, p. 161).

Lecionando sobre esses elementos acima informados, o professor Lenza traz o elemento gramatical ou filológico, também chamado de literal ou semântico, pelo qual a análise deve ser realizada de modo textual o literal. (LENZA, 2017, p. 161). Vislumbramos que esse elemento é o mais adequado para se interpretar o princípio da presunção de inocência.

Ainda de acordo com Lenza, ao lado dos métodos de interpretação, a doutrina estabelece alguns princípios específicos de interpretação. (LENZA, 2017, p. 162).

Acerca desses princípios, o professor Lenza lecionando sobre o princípio da máxima efetividade, também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, esse princípio deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social. (LENZA, 2017, p. 164).

Citando Canotilho, o professor Lenza aduz que o princípio retromencionado é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais **(no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)**. (LENZA, 2017, p. 164). (grifei).

Falando sobre outro princípio, agora do Princípio da interpretação conforme a Constituição, Lenza leciona que o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição, de acordo com a dimensão da exclusão da interpretação *contra legem*. (LENZA, 2017, p. 166).

Assim, verificamos que estes princípios de interpretação se coadunam com o princípio da não-culpabilidade.

⁵⁵ J. J. G. Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6. ed., p. 212-213

Lecionando sobre as modalidades de interpretação das constituições, Nathalia Masson elenca duas modalidades: semântica e nominalista.

De acordo com Nathalia, a interpretação semântica, é aquela cujo texto exige a aplicação de uma diversidade de métodos interpretativos para ser realmente entendido. (MASSON, 2016, p. 46).

Já a interpretação nominalista é possuidora de normas tão precisas e inteligíveis que dispensa, para ser compreendida, qualquer outro método interpretativo que não o gramatical ou literal. (MASSON, 2016, p. 45). Sem dúvidas, o texto do art. 5º, LVII, da CF, deve ser interpretado de acordo com essa perspectiva.

Conforme bem observou o Ministro Eros Grau⁵⁶ em seu voto no HC 84.078/MG:

Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. **Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. (...) Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena (...).** (grifei).

Eros Roberto Grau, agora em seu livro Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, explica que:

A interpretação do direito é costumeiramente apresentada ou descrita como atividade de mera compreensão do significado das normas jurídicas. Ou o intérprete identifica o significado da norma, ou o determina. (...) **Daí a afirmação de que somente seria necessário interpretarmos normas quando o sentido delas não fosse claro.** (GRAU, 2006, p. 25) (grifei)

Ainda segundo o Ministro Eros Grau⁵⁷, em seu voto no HC 84.078/MG:

Aqui, mais do que diante de um **princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição.** (grifei).

⁵⁶ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 10**

⁵⁷ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" **p. 15/16**

Não é demais reforçar que a Carta Maior deve ser interpretada de acordo com os ditames propostos pelo constituinte, não sendo, assim, possível interpretá-la de uma forma que ultrapasse os limites por ela impostos.

Neste diapasão, observou o Ministro Marco Aurélio⁵⁸, em seu voto no HC 126.292/SP:

(...) no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". **O preceito, a meu ver, não permite interpretações.** Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, **onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica**, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. (...) (grifei)

Ainda acerca da interpretação do princípio da não-culpabilidade, aduz Ministro Lewandowski⁵⁹:

(...) Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, **ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional**, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. (...) (grifei)

Falando sobre hermenêutica e interpretação constitucional, leciona Pedro Lenza: *"Como regra fundamental, lembramos que, onde não existir dúvida, não caberá ao exegeta interpretar (...) não cabendo qualquer trabalho hermenêutico."* (LENZA, 2017, p. 150). (grifei).

Segundo Nathalia Masson, a partir do reconhecimento de que a proteção simultânea no ordenamento jurídico de diversificados direitos e bens propicia um ambiente favorável às possíveis tensões entre os distintos interesses, foram consagrados diversos princípios e métodos voltados à interpretação do texto constitucional e da legislação infraconstitucional que a ele se subordina. (MASSON, 2016, p. 61).

⁵⁸ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 77/78**

⁵⁹ **HC 126.292/SP**, Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>" **p. 97**

Lecionando sobre o Princípio da interpretação conforme a Constituição, tendo em vista a não aceitação às violações à literalidade do texto, Masson informa que o intérprete encontra seu limite de atuação no perímetro que envolve as possibilidades de hermenêutica do texto. (MASSON, 2016, p. 61). Para tanto, relata que o STF entende que se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder legislativo pretendeu dar, não se pode aplicar este princípio, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

Em outro prisma, é preciso verificar que a dignidade da pessoa humana deve ser posta a frente de qualquer pensamento e/ou interesse imediatista, sob pena de voltarmos ao tempo em que os direitos humanos eram postos em segundo plano.

Com bem salientou o jurista Alexandre de Moraes, lecionado sobre a supremacia absoluta das normas constitucionais:

Ressalte-se, contudo, que a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República **obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário**, no exercício de sua função interpretativa, **aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção.** (MORAES, 2017, p. 34). (grifei)

Assim, vislumbramos que este princípio visa assegurar todas as garantias constitucionais de defesa do então acusado, com a finalidade de coibir as possíveis atitudes arbitrárias no que tange à aplicação da legislação.

Conforme bem observou o Ministro Gilmar Mendes⁶⁰ no HC 84.078/MG:

(...) parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, **sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade.** Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, **o recolhimento à prisão por força legal, tal como se vem aplicando por interpretação da Lei nº 8.038/90, afigura-se em uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional.** (grifei)

⁶⁰ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" p. 153/154

Logo, em nome da dignidade da pessoa humana e com a finalidade de proteger a liberdade do cidadão contra os possíveis abusos do poder público e de decisões condenatórias precipitadas, sob pena de se ter uma antecipação da pena não autorizada pela Constituição, torna-se imprescindível a garantia do princípio da não-culpabilidade, da forma que está elencado no corpo da Constituição, sem sofrer restrições, salvo no caso de prisões cautelares.

De acordo com o Ministro Eros Grau⁶¹ no HC 84.078/MG:

Ora - digo eu agora - a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebetando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...

Segundo o Ministro Celso de Mello⁶² em seu voto no HC 84.078/MG:

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal ou impede que o Estado decrete, arbitrariamente, por antecipação, a prisão cautelar de qualquer pessoa, sem base empírica idônea justificadora da real necessidade dessa medida constritiva, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irreversível. (grifei).

Conforme bem observou o Ministro Celso de Mello⁶³ em seu voto no HC 84.078/MG:

Não posso desconhecer o próprio sistema jurídico que a nossa Constituição republicana **consagrou, especialmente** no ponto em que proclama, **sem** qualquer ambiguidade, que ninguém - **absolutamente ninguém** - se presume culpado, **exceto** se sobrevier, contra o réu, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁶¹ HC 84.078/MG, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531" p. 17/18

⁶² HC 84.078/MG, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531" p. 68/69

⁶³ HC 84.078/MG, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531" p. 91

Lecionado sobre a interpretação das normas jurídicas, o professor Paulo Bonavides elenca que quanto aos meios empregados, a interpretação pode ser gramatical, lógica e analógica. (BONAVIDES, 2004, p. 440).

Ainda segundo Bonavides, o método de interpretação gramatical, também conhecido debaixo das designações de interpretação filológica, literal ou léxica, supõe uma análise ou averiguação do teor da lei. Está volvida sobretudo para o significado literal das palavras. (BONAVIDES, 2004, p. 440).

De acordo com o texto constitucional (art. 5º, LVII), vislumbramos que esse método interpretativo é o mais adequado para o princípio da presunção de inocência.

Falando ainda sobre a temática da interpretação das normas jurídicas, agora em relação à classificação quanto aos resultados, Bonavides leciona que a interpretação pode ser declarativa, extensiva e restritiva. (BONAVIDES, 2004, p. 444).

Segundo o professor Bonavides:

“Ocorre a **interpretação declarativa** quando na reconstrução do pensamento pelo intérprete coincide a interpretação gramatical com a interpretação lógica, isto é, a letra da lei corresponde ao sentido que lhe é atribuído pela razão. Dá-se a **interpretação extensiva** quando a lei abrange mais casos que aqueles que ela taxativamente contempla, isto é, o teor da lei é objeto de alargamento e retificação, até coincidir com a vontade que o legislador quis exprimir. Finalmente, temos a **interpretação restritiva**, verificada na hipótese contrária, ou seja, quando se restringe o alcance da norma, de modo que a lei diz mais do que pretendeu o legislador.” (BONAVIDES, 2004, p. 444). (grifei)

Como exposto no início desse trabalho, a discussão que surgiu na doutrina, acerca do HC 126.292/SP, foi justamente em relação ao alcance do princípio da presunção de inocência, ou como Bonavides elenca, dos resultados da interpretação.

Como podemos vislumbrar das lições de Paulo Bonavides, a interpretação mais adequada seria a interpretação declarativa e não a extensiva a qual foi dada pelo acórdão do STF.

Mais um adendo importante a ser feito neste momento do estudo está relacionado à gravidade e as consequências da prisão na vida daquele que será enclausurado.

Como bem pontuou o Ministro Ayres Britto⁶⁴ no HC 84.078/MG:

(...) é um dano que projeta os seus efeitos numa **dimensão quádrupla contra o preso**. Primeiro, com sua ordem de prisão, o indivíduo sofre um **abalo psíquico**. A sua autoestima fica ao rés do chão. Segundo, é um **desprestígio familiar**, é um fato que causa uma comoção doméstica, inclusive com repercussão no trabalho, na obtenção do ganho da família. Terceiro, é um fator de **desqualificação profissional**. O fato em si da prisão circula, chega ao conhecimento de outras pessoas, de outras esferas sociais e o indivíduo que é preso vê reduzidas as suas oportunidades de emprego. E, finalmente, o **desprestígio social**, o conceito social, que também fica abalado. E tão grave quanto irreparável o dano da prisão nessa quádrupla projeção. (grifei)

Ainda sobre a temática trazida nesse estudo, é de suma importância indagar como ficarão os casos em que o então condenado e preso, após a confirmação em segunda instância, forem absolvidos perante o STJ e/ou STF. Sem dúvidas, uma alta demanda por indenizações surgirá, além disso, o sentimento de injustiça jamais será apagado da mente daqueles que sofrerem a reprimenda antecipada.

Outro ponto que devemos elencar diz respeito aos casos do famigerado "foro privilegiado" ou foro por prerrogativa de função. Como a decisão foi no sentido de se executar a pena, após a confirmação de um acórdão na segunda instância, como serão tratados os casos que já se iniciam na segunda instância ? Será executada a pena imediatamente ou se aguardará a confirmação da decisão pelo STJ ou STF ? Dúvida esta que não foi sanada pelo acórdão do STF.

Ainda nesse contexto, outra dúvida que surge é em relação aos casos em que o réu é absolvido na primeira instância e condenado na segunda. Como a decisão, teoricamente, não foi confirmada no segundo grau, mas sim modificada, como ficará a execução ? Dúvida esta que também não foi abarcada pelo HC 126.292/SP.

Conforme as lições acima, temos que o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, como alguns preferem o chamar, tem papel primordial no campo do Direito Processual Penal. Além disso, o referido princípio está diretamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), uma vez que a função de um é resguardar a função garantidora do outro. Desta maneira, esta interligação tem como função primordial garantir que o judiciário, agindo dentro dos limites impostos pela Constituição Federal, não aplique sanções que exorbitem

⁶⁴ **HC 84.078/MG**, Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Disponível em: "<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>" p. 106/107

os preceitos expostos no texto constitucional e, assim, promovam decisões justas, pelos menos no que diz respeito aos informes que são constitucionalmente garantidos.

Essa garantia, trazida nas entranhas da nossa Constitucional, deve ser assegurada, uma vez que, em tempos de outrora, esses Direitos tão caros para serem conquistados e garantidos em nossa sociedade, eram relegados em nome de perseguições autoritárias por quem estavam no poder que, utilizando de má-fé, deixando de lado o interesse público, utilizavam desses instrumentos para conquistar seus interesses particulares.

Assim, ante tudo que foi exposto, verificamos que o princípio da presunção de inocência não comporta a interpretação dada pelos Ministros da Suprema Corte. Logo, a decisão mais acertada seria no sentido de não haver a possibilidade execução provisória da pena nos moldes em que foi decidido no HC 126.292/SP.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que já foi exposto, em arremate, alguns comentários merecem ser feitos acerca do instituto da execução provisória da pena, das prisões cautelares e do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

De início, verificamos que referido princípio, ao contrário do entendimento de alguns doutrinadores, não se trata de princípio absoluto, o qual não comportaria qualquer exceção a essa regra.

Nesse diapasão, vislumbramos as modalidades de prisões cautelares como única exceção ao princípio da não-culpabilidade, uma vez que as mesmas, em suma, visam salvaguardar o bom andamento processual, sendo, em regra, utilizadas apenas nos casos de extrema necessidade e em *ultima ratio*. Além disso, a decisão judicial deverá ser devidamente baseada e motivada nos ditames estritos da lei.

Outra observação importante de se trazer à baila é quanto a mudança, que ousou dizer repentina, da jurisprudência do Supremo Tribunal. Digo isso, pois referida modificação se deu em um lapso temporal menor do que 7 (sete) anos, tempo demasiadamente curto no que se diz respeito a mudança de entendimento jurisprudencial. Como bem salientou a Ministra Rosa Weber, não é de bom alvitre rever a jurisprudência de uma Corte pela só alteração de seus integrantes.

No que tange a falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, conforme exposto no artigo 637 do CPP, entendemos que o referido artigo encontra-se tacitamente revogado pelo artigo 105 da Lei de Execução Penal, por ser esta Lei mais nova e mais específica do que o Código de Processo Penal.

Em relação ao entendimento propagado por outras nações, no que concerne a possibilidade de ocorrência da execução da pena, antes do trânsito em julgado, não pode servir de fundamento para que o mesmo ocorra no Brasil. Tal justifica-se dá tendo em vista que os costumes, culturas e legislações brasileiras são diversas daquelas dos países que são, em tese, favoráveis à execução provisória da pena.

Em outro prisma, é preciso ter em mente que os direitos hodiernamente garantidos no nosso ordenamento jurídico, os quais passaram por um trâmite processual demasiadamente lento, foram conquistados ao longo dos anos, através de intensas lutas da sociedade. Desta forma, da mesma maneira que foram adquiridos, tais direitos devem percorrer o mesmo caminho para que sejam tolhidos da sociedade.

Nesta perspectiva, interpretando o princípio da presunção de inocência de forma diversa daquela exposta no texto constitucional, o STF extrapolou suas atribuições judicantes, entrando assim, na competência do Poder Legislativo.

Doutra banda, para que seja resguardando o princípio da segurança jurídica, princípio este que alicerça qualquer Estado Democrático de Direito, o Judiciário não deve, de forma alguma, sofrer influência dos diversos meios midiáticos, nem tampouco fundamentar suas decisões no chamado "clamor popular", até porque, grande parte da população, não possui um amplo conhecimento jurídico.

Em relação ao alcance interpretativo ou resultados alcançados do princípio da presunção de inocência, verificamos que a interpretação dada pela decisão do STF foi uma interpretação extensiva, a qual, de acordo com o texto constitucional e as lições de vários doutrinadores, não caberia.

Dessa maneira, verificamos não ser possível, como regra, executar provisoriamente a pena, por entendermos que o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF, é claro e límpido e, por esse motivo, não comporta outra interpretação a não ser aquele pela qual ninguém será considerado culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sendo assim, nos filiamos a corrente que defende, como regra, a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que a execução da pena, da forma que foi deferida no HC 126.292/SP, ou seja, a partir de uma condenação confirmada em segunda instância, afronta, flagrantemente, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade elencado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>
Acesso em: 10/07/2017.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Pec dos recursos e presunção de inocência**.
Revista Jurídica Visão Jurídica, São Paulo, n.64, p. 25, set. 2011.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:
<https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 10/07/2017.

_____. **Decreto-Lei de nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal)**.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15/08/2017.

_____. **Decreto-Lei de nº 678 de 06 de novembro de 1992 (Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15/08/2017.

_____. **Decreto-Lei de nº 3.689 de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/08/2017.

_____. **Execução provisória é inaplicável à pena restritiva de direitos**. Disponível em
<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-%C3%A9-inaplic%C3%A1vel-%C3%A0-pena-restritiva-de-direitos>. Acesso em: 08/09/2017.
Data do artigo: 03/08/2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, 2002.

_____. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 16/09/2017. Data do artigo: 04/03/2016.

GRAU, Roberto Eros. **Ensaio e Discursos Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 15/01/2018.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 15/01/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, N. F. . **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MORAIS, Paulo Iász de; NASCIMENTO, Felipe Pinheiros. **A efetividade do princípio da presunção de inocência diante da nova lei de prisão e medidas cautelares nº 12.403, de 04.05.2011**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal , Porto Alegre-RS, n.69, p. 9-16, ago-set. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**: 33ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

NABUCO FILHO, José. **Importância da presunção de inocência**. Revista Jurídica Visão Jurídica, São Paulo, v. 01, n.54, p. 94-95, out. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Vol. 2. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas. 2017.

SANNINI NETO, Francisco. **Estamos diante do império do contorcionismo jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-20/sannini-neto-estamos-diante-imperio-contorcionismo-juridico>>. Acessado em: 13 de janeiro de 2018. Data do artigo: 20/02/2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Diário da Justiça, Brasília, 10/03/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em: 16/08/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Diário da Justiça, Brasília, 07/02/2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 16/08/2017.

_____. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 08/07/2017 . Data do artigo: 05/10/2016.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.